

ハーバーマスの市民的不服従論

— シュミットの決断主義との差異 —

大 窪 善 人

〔抄 録〕

本稿は、1983年に西ドイツで行われた核ミサイル配備に反対する市民的不服従にたいするハーバーマスの議論についての考察である。ハーバーマスは市民的不服従を、米国の成熟した政治文化と政治・法理論を媒介として、民主的法治国家の成熟をはかるテストケースに位置づける。その際に重要な位置づけをもつのは「合法性と正統性」の概念である。この概念対は、国法学者シュミットの政治・法理論において重要な意味をもっている。本稿では両者の議論の特徴を対比することを通じて、ハーバーマスの市民的不服従論の正統化根拠が、法治国家における法と道德の補完関係、そして、可謬主義的な政治文化に求めることができるということを明らかにする。

キーワード：市民的不服従、正統性と合法性、道德原理と民主主義原理、決断主義対可謬主義。

第1節 テストケースとしての市民的不服従

1983年11月、西ドイツで初めてとなる NATO の中距離核ミサイル、パーシング II 型が実戦配備された。一方、この決定を受けて国内では世論の沸騰、市民による街頭でのバリケード封鎖、人間の鎖、ダイ・インなどの大規模な非暴力的な抗議が実行された。そうした状況の中で、ハーバーマスは学術ジャーナル等を通じて、デモを擁護する趣旨の議論を展開した。彼がデモを市民的不服従として正当化する理由は、「法治国家的民主主義 (rechtsstaatliche Demokratie) にとって、市民的不服従が、不可欠であるがゆえにしかるべき位置を与えられる、政治文化の構成要素と考えられる」からである。

しかし、ハーバーマスのこうした見方は必ずしも異論なく受け入れられたわけではなかった。なぜなら、保守的な政治家、政治家、ジャーナリストからは、デモを国家秩序に挑戦する「暴力 (Gewalt)」であると捉えて、取り締まりの強化が主張されたからである。ハーバーマスは、かれらを、「権威主義的リーガリズム」であるとして批判する。

その一方で、デモを市民的不服従として正当に評価するために、ハーバーマスが引き合いに出すのは、J. ロールズの『正義論』である。この書の中でロールズは、いかなる場合において

市民的不服従が正当化されるのかにかんする定式化を行っている。ロールズによる定義は次の通りである。市民的不服従としては、「大部分においてはよく秩序だって（well-ordered）はいるが、それでもなおかなり深刻な正義の侵害が生じてしまう社会という特殊ケースだけを対象とする」²つまり、ここでは、国民同士の利益が公正な原理のもとに統制されるような、リベラルかつ民主主義的な国家体制がある程度実現されているような社会が基本的な前提となる³。その上で、それでも生じてしまう不公正にたいして、いかなる合理的な異議申し立ての途がありうるのかということが問題なのである。

ハーバーマスはロールズの議論から正当化の条件を引き出す。第一に、市民的不服従は、重大な不正が十分に記述されているケースに向けられるべきであり、第二に、成功の見込みのある合法的な影響力行使の可能性が尽きていること、第三に、不服従の行動が、憲法秩序の機能を脅かす規模にまで拡大してはならない。さらに、市民的不服従には以下の条件が付け加えられる。（1）道徳的に基礎付けられた抗議であり、私的な信念・確信あるいは各人の利害のみに基づいてはならない、（2）おおやけの場での行動であること、（3）個別の法規範に故意に違反することを含んでいるが、法規範全体への服従を侵すものではない、（4）法規違反の結果にたいする法的責任の受容、（5）表現するための規則違反はもっぱら象徴的性格をもつ、（6）抗議における非暴力的手段の限定である⁴。

ここでいくつか注意しておきたいこととして、まず、市民的不服従は、投票や通常の説得のような、その他の考えうる合理的な手段がすべて尽くされているということが条件となるような、市民が行う正当な異議申し立ての、いわば最終手段として位置づけられるということである。言い換えれば、それは、市民が自ら進んで不法行為を行わなければならないほど状況が切迫しているということをも意味している。そして、そうした行動は個々人の私的な信念や利害から発したものではないという規定もおさえておかなければならない。その意味で、市民的不服従は良心的拒否⁵とは区別されなければならない。本稿で市民的不服従や良心的拒否にかんする詳細な概念定義や区別について検討する余裕はないが、さしあたりここでこの区別にかかわってくるのが、市民的不服従が、あくまでも憲法秩序という公的な枠組みを承認するものであるという条件である。つまり、市民たちは抗議において、ある特定の法律や政策が憲法秩序に照らして不当であるという要求を、自らが不法行為の責任を引き受けることを、いわば賭け金として行うのである。そのようにして市民的不服従は、広範な市民たちの正義感覚（sense of justice）に訴えかけるのである。

市民的不服従を行う市民たちはたしかに法律に違反してはいるわけだが、ここで強調しておかなければならないことは、市民的不服従とは、国家体制の変革を企図する「革命」やJ. ロック流の抵抗権等よりもはるかに穏当な要求である、ということである⁶。そして、ハーバーマスは、この「市民的不服従こそ、民主主義の道徳的基盤が適切に理解されているかどうかを知る試金石（test case, Prüfstein）」⁷であるというロールズの主張に同意する。

周知のように、米国では19世紀に奴隷制度に抗議の声を挙げた D. ソローを嚆矢として、公

民権運動におけるマーティン・ルーサー・キング、そして、ベトナム反戦運動における市民による良心的兵役拒否運動等の活動を通じて、歴史的にリベラルな政治文化が涵養されてきた。その一方で、ロールズをはじめとする政治・法理論家たちが市民的不服従についての緻密な議論を展開してきたことも、かかる米国の政治文化の発展状況に照らして、決して無関係なことではあるまい。他方、第二次世界大戦の終結後に、ひとつには米国経由で、ようやくドイツにもリベラルな政治文化が根付きはじめたのである。こうした背景において、ハーバーマスは1983年の抗議運動を「共和国の成熟をはかる試金石」とであるとみなすのである。

他方で、「権威主義的リーガリズム」の陣営からは、まさに「法律は法律だ」とか「暴力なき抵抗は暴力である」といった同意反復が繰り返された⁸。ハーバーマスによれば、かれらは、抗議運動の光景を「内戦シナリオ」として描き出している。つまり、かれらのパースペクティヴからみれば、市民的不服従は、単に犯罪行為であるだけではなく、憲法秩序への敵対行為に匹敵するものであるという点で、道徳的にも非難されなければならないのである⁹。

たしかに、国内の秩序の安定のためには、正当な暴力は国家機構によって独占されている必要がある。だから、そのために国家は、国民にたいして無条件の法的な服従を強制することができなければならない。しかし、ハーバーマスによれば、こうした見方には複数の点で問題がある。第一に、保守派の内戦シナリオの背景には、1960年代から、後に「ドイツの秋 (Deutscher Herbst)」と呼ばれることになる、70年代に際立った形で現れた抗議活動、テロリストによる犯罪行為の記憶がある¹⁰。その結果として、72年には、憲法にたいして敵対的な者を公職から排除する「過激派条例 (告示)」が制定されることになる。こうした歴史的コンテクストが「ドイツ人のトラウマ」を形成しているとハーバーマスはみなしている。なるほど、83年の市民的不服従をこのようなコンテクスト上に位置づければ、それは一たとえ非暴力的なデモであっても一憲法秩序や国内の平和を破壊する敵対者と映るであろう。しかし、ハーバーマスは、市民的不服従をめぐる論争をドイツ人のトラウマから切り離すべきだと主張する¹¹。

そこで引き合いに出されるのが、「新しい社会運動」、つまり、平和・反戦運動や環境保護、反原発、女性運動のような、市民社会において、多様なアクターが参加する分散的なネットワークから自生的に立ち現れる諸活動である。こうした一連の活動は、ドイツの「熱い秋 (Heißer Herbst)」というスローガンで呼ばれる、多様な異議申し立ての形態、スタイルとして登場したものである。1960、70年代の抗議活動と83年のデモとの決定的な違いは、後者が法律・政策の不当性を訴えているものの、全体としては憲法秩序を承認し、また憲法秩序にたいして基本的には一致 (Identifikation) しているということに求められる。こうした形の異議申し立ては、ハーバーマスがみるところ、法治国家あるいは政治文化の成熟にとって不可欠の構成要素なのである。

さらに第二の問題は、「権威主義的リーガリズム」が法治国家について、もっぱら国家による「暴力独占」ならびに市民による法への無条件の服従という観点からのみ理解しているとい

う点である。T. ホッブズは国内の秩序維持の実現と引き換えに、市民（臣民）による国家秩序の自発的な承認の契機を度外視してしまっている。たしかに、そこでは、国内の平和を達成するならば、支配形態の如何にかかわらず — 君主制であれ専制であれ — それは正統的なものである¹²。しかし、それは、民主的法治国家の説明としては不十分である。

ハーバーマスによれば、「権威主義的リーガリズム」が看過しているのは、国家秩序の市民による自発的な正統化という観点である。つまり、民主的法治国家は、規範的観点からみれば、「一方の理念からは、無条件の法服従への要求が生じ、他方の理念からは条件付きの法服従への要求が生じる」¹³という形で相互の要求を前提とするような理念から成り立っていると理解すべきなのである¹⁴。重要なことは、この「民主的法治国家の構成的理念」という理解によって、はじめて市民的不服従の正当化可能性が開かれてくるということである。言い換えれば、民主的法治国家においては、憲法や法律が合法的なものであることが、つまり、「手続きによる正統化（Legitimation durch Verfahren）」に依拠する実定法が、そのみを根拠として直ちに規範的な妥当性の獲得を意味するというわけではない、ということである。この論考においてハーバーマスは法律学というよりはむしろ法哲学的な解答の提出を試みる。

憲法を正当化できる諸原理（Prinzipien）はその諸原理と実定法は一致しているかどうかとは無関係に妥当するものでなければならない。それゆえ、近代的立憲国家が市民にたいして法律への服従を要求できるのは、合法的なものを正統なものと認め、またときには正統でないとして棄却できるような諸原理に、すなわち「承認に値する諸原理（anerkennungswürdige Prinzipien）」に国家が依拠している場合に限られる¹⁵。

そこでこの諸原理の内容としては、さしあたっては、基本的人権や法的手段の保証、主権在民、法の前の平等、社会国家の原理のような基本的な法的諸原理を挙げている¹⁶。こうした法的諸原理に照らして、実定法である憲法や法律は、正統性を得ることができるというわけである。したがって、市民的不服従は、実定的な憲法や法律の合法性ではなく、抽象的に規定された法の「諸原理」に依拠することによって、「合法性と正統性（Legalität und Legitimität）」との間に距たりがあるということ、より積極的に言うならば、ある法律が合法的ではあってもしかし正統性を持ちえないということを訴える行為に他ならないのである。だから、「市民的不服従は正統性と合法性の間で宙づり（bleiben）になっていなければならない」¹⁷。

以上がハーバーマスによる市民的不服従のおおまかな概要である。しかしながら、こうした「承認に値する」法的諸原理による正統化という法哲学的な解釈が、なにゆえ実定法の合法性を越えるものとして与えられるのかという理由の解明には、また別途説明を必要とするであろう。さらに問題はこれだけではない。たとえば、J. イーゼンゼーら保守派の法学者が批判するような、市民的不服従によって、民主的な多数派支配を覆しうるということは、むしろ、情報や知識を所有する、少数のエリート・専門家による専制支配を招き寄せてしまうものであると

いう疑念も、一定の説得力をもつかもしい¹⁸。いずれにせよ、要するに問題なのは、ハーバーマスの市民的不服従論が、普遍主義的に妥当する、理論的に正当化可能な根拠を提示しているのかどうかということにかかっている。ハーバーマスはそれにかんして、ひとつにはカントの法論、道徳哲学を引きながらこの問いに答えようとしているのだが、この諸原理の問題にかんして、われわれは第3節で再度立ち戻ることになろう。

第2節では、ハーバーマスの市民的不服従論の特徴を際立たせるために、シュミットの法理論に即して正統性と合法性の問題について考えてみたい。

第2節 合法性と正統性の間—シュミットの法理論

ハーバーマスは、たびたび折にふれてC.シュミットを批判の俎上に載せて論じている。だがそれは決してその場限りのアドホックなものというわけではない。なぜなら、『事実性と妥当性』の注釈¹⁹でも触れられているように、彼自身、シュミットがとりわけ法理論において無視できない影響を与えてきたと考えているからである。ハーバーマスが論争相手にたいして批判的に言及するのは、単に自己の理論的正当性を根拠付けるという理由からだけではない。むしろ、論争や議論を通じて、ハーバーマス自身がそこから何がしかを学び取ろうという、いわば「批判的学習」を企図しているからであるように思われる。

では、ハーバーマスは全体としてはシュミットを「反面教師」としながらも、彼の議論のどの点において問題意識を共にし、あるいはまた、とくにどの点にかんして差異を提示しているのだろうか。そこで本稿では、まずハーバーマスの市民的不服従の議論に関連する限りでシュミットの議論を見ていきたい。

シュミットの精緻な法理論の内容は、その時期によって主張の力点が変わっている部分があるにもかかわらず、一貫した主要なモチーフの一つは明らかに「合法性と正統性」についての問題であろう。ワイマール共和国時代のシュミットは、国法学者としてワイマール憲法秩序を擁護する意図から、憲法は単に形式的な合法的体系であってはならないと主張する。なぜなら、シュミットによれば、ただ単に合法性のみを根拠とするような、政治的に中性化(Neutralisierung)された憲法は、自分自身を基礎付けることができないからである。その危機意識は、彼が1928年に発表した体系的な理論書である『憲法論』において記述している、憲法(Verfassung)と憲法律(Verfassungsgesetze)の区別として現れている。「憲法概念の相対化というのは、全体としての統一の憲法の代わりに単なる個々の憲法律が現れ、しかも憲法律の概念が、外部的でかつ重要でない、いわゆる形式的特徴によって規定されるということである」²⁰。

シュミットにとって憲法とは政治的統一体(国家体制)の具体化したものであり、その意味で、その都度合法的に変更することが可能な憲法律とは異なり、憲法には相対化したり変更することが決して不可能な「政治的形成要素(politischen Formelemente)」が存在するという主張を展開する。ここで注意しなければならないのは、シュミットにおける「政治的形成要素」

と「法治国家的構成部分（rechtsstaatlich Bestandteil）」、つまり「政治的なもの」と「法＝権利的なもの」との区別である。シュミットに言わせれば、一方で人びとの普遍的な権利を保護する自由主義的な法治国家の諸原理は、それ自体では特定の憲法および国家の内実を表現するものではないという。それゆえに、実際に憲法の実質的内実としての政治的形成要素を防衛しうるのは、法治国家的な諸原理とは独立した、法外な権力としての憲法制定権力なのである²¹。そこから彼は、今日の憲法学において有力学説の一つともなっている、憲法改正の限界説ないしは「硬性の憲法」という議論を導き出す²²。

ところで、ここでシュミットが好敵として念頭に置いている立場は、法実証主義（Rechtspositivismus, legal positivism）であろう²³。たとえば、法実証主義の、法と道徳の「分離テーゼ」によってかかる法外な要素を排除した法体系では、現に妥当しているいかなる憲法や法律も法的な論理のみによって実定的に制定されているので、いずれも合法的な手続きに従って変更することができると考えられる。もちろん、その中では変更不可能な本質的な形成要素は一切存在しえない。それゆえに、シュミットは、法実証主義的な主張に対抗する形で、合法性と区別された正統性の原理を考えなければならなかったのである。

では、かかる本質的な形成要素の内実とは何か。シュミットにとってそれはワイマル憲法における「民主制」であった。つまり、シュミットの議論に即して言えば、このドイツ人民の意志により制定された民主制という国家体制の規定は、それが実定的なものであるにもかかわらず、決して改正することができないのである。しかしながら、この本質的な構成要素とは必ずしも一義的に決定できるものなのであろうか。また、そこに恣意的な判断が入り込む余地はないのか、そもそも誰がどのようにして決定しうのか等不明な点が多い。いずれにしても、本質的な形成要素は、その決定における主観主義という問題を孕んでいるようにみえる。

シュミットはそれにたいする解答を、「気分においてはほとんどナチ的」²⁴とも称される、1932年に発表された『合法性と正統性』において呈示している。まず彼がそこで鋭いトーンで批判する対象は、自由主義的な議会制民主主義である。もちろん彼の反自由主義的な議会主義批判としては1923年の『現代議会主義の精神的状況』においてすでに示されているが、本書は、発表時期が全権委任法制定の前年であり、状況の切迫の度合いは大きく異なっている。

その中でシュミットは、M. ウェーバーの支配の類型論等に批判的に言及しながら、議会制民主主義は、本来異なる原理であるはずの合法性と正統性の概念を等置してしまっていると主張する²⁵。これが、彼が口を極めて批判する点である。彼の見方では、そもそも正統性という観念は、絶対主義的段階の「王朝的正統性」に由来する。そこでは臣民の君主にたいする無条件の服従が要求されると同時に、法治国家の合法性は官吏によって保障される — 無論、官吏の権力を担保したのは君主がもつ権威である — ようになっていたという。他方、王朝的正統性が崩壊すると、それに代わって民主的正統性、すなわち、「人民投票的正統性」へと正統性の基盤が転換する²⁶。

ここでシュミットにとって問題だったのは、単なる人民による多数決を通じた決定という正

統化原理が、形式的な合法性と等閑に付されてしまうことによるその帰結であった。なぜなら、法のもつ「品位 (Würde)」や「尊厳 (Hoheit)」といった王朝的正統性に由来する観念と結びついた規範的な性格が失われることで、法が政治や行政機構の単なる道具へと陥ってしまうことを危惧したからである。そして、招来される行政の肥大と法律にたいする「措置の優位」にかんして警鐘を鳴らす—しかしその懸念はまさにナチス政権下において現実化することになるのだが—。「議会制立法国家の規範主義的合法性が、その時々多数決の空疎な機能主義と化すばあい、官僚的規制要求の非人格的な機能主義と結びつきうという点が問題である。[...] 長期的にはあくまでも優越した側である官僚制が、議会制立法国家の法律を官僚的行政国家の諸措置へと転化させる」²⁷。

シュミットに言わせれば、ワイマール体制時の議会主義的な多数決原理は、いかなる実質的な規範も担保しえないのである。ここでシュミットの批判は辛辣を極める。

ワイマール憲法は、その第68条で、議会制立法国家を宣言している。すなわち、ライヒの法律はライヒ議会によって決定される、と。これは、法と法律とを、なんらかの内容と関連づけることなく、そのときどきの議会での多数の、そのときどきの議決と解する、純粋に機能主義的な考え方に対応する。法、法律および合法性は、これにより、いかなる内容にたいしても無頓着の、またいかなる内容をも許容する、「中性的な」手続き方式、決定手続きと化する。[...] もしも議会主義的団体が、その成員のいかなる諸資質をも顧慮することなしに、一般的な多数による投票というたんなる機能と化し、法律のいかなる「実質的」な要請をも放棄しつつ、その多数決が法律の議決と化するならば、正義と理性にとってのあらゆる保障は失われ、そればかりか、法律概念および合法性自体も、算術的な多数観念における、一貫して機能主義的な無実質性、無内容性のうちに、失われてしまう²⁸。

しかしながら、シュミットは議会制民主主義一般を否定するわけではない²⁹。なぜなら彼が擁護しようとする民主制においては、人民の政治参加—とりわけ政治的な意志形成 (Willensbildung)—が不可欠だからである。ただし、彼がイメージする民主主義像とは、全人民の分割不可能な同一性を想定しているという点で際立っている。多数決という手続きは、「同一国民 (gleichen Volk) への同一的帰属により、万人が同様に、本質的に、同一のことを欲するという前提に立っている」³⁰。たしかに、この想定において民主主義は支配者と服従者の同一性を損なわずにすむが、それは同時に、多様で差異に富む人民の声や理由が、「喝采 (Akklamation)」の有無という、一義的に予め前提された同質性へと還元されることを意味する。

ここまで、シュミットにおける合法性と正統性の問題について、どちらかと言えば、彼の国法学者としての規範主義的な側面に焦点を合わせながら論じてきた。しかし、よく知られて

いるように、彼は決断主義（Dezisionismus）や主権理論を唱える政治学者としての顔も持ち合わせる。たとえば、『政治神学』の第1章「主権の定義」は「主権者とは例外状態（Ausnahmestand）に関する決断者である」という有名な文章からはじまっている。また、「真理ではなく権威が法を作る」というホッブズの言葉の引用や「近代国家学の重要な概念はすべて世俗化された神学概念である」³¹という、いささか大胆なテーゼによって、シュミットはあらゆる法規範に拘束されない主権者の決断の優位を説くのである。

そこでシュミットは、神学的メタファーを駆使しながら主権者の決断を正当化しようとする。すなわち、「主権者とは全能の神の、例外状態とは奇蹟の」世俗的な表現なのである³²。つまり、シュミットの「政治神学」とは、政治現象の宗教的解釈への回帰などではなく、逆説的ではあるが、神なき此岸において人間が、その決断においてさながら全能の神のように振る舞いうるということを基礎付けるものなのである³³。キリスト教神学において自然法則が神の存在の後に置かれるように、あらゆる法的な規範は、主権者の決断によってはじめて定められる。その意味において、かかる決断は、まさに「規範なき決断」と呼ぶ³⁴べきものである³⁵。

第3節 諸原理を通じた正統化

合法性と正統性の問題は、シュミットにおいては、一方の規範主義的な憲法論の見方からは憲法の実質的な内実の規定により、他方の政治理論の見方からは規範を欠いた決断主義によって解決されるのかもしれない。しかしながら、やはりわれわれとしてはシュミットの法・政治理論が、ナチス政権下の委任独裁にたいして理論的正当性を与えたという歴史的事実を看過することはできないであろう。だから彼の教えは反面教師のそれとして学ばなければならない。

一方、それと比較してハーバーマスの議論はどのように位置づけられるであろうか。第一節で見たように、ハーバーマスの市民的不服従論の核心は、政府によって不当な行為が合法的に行われているとみなされるときに、市民たちが、合法性と正統性との懸隔を、非暴力的な活動を通じて公衆に広く訴えるということであった。その際に訴えの根拠となるのが、憲法の内容が妥当なものとして受容することができるための「諸原理」である。だが、問題は、なぜ諸原理が正統性を訴える根拠として使用することができるかということであった。まずはこの点について明らかにしていこう。

ハーバーマスは諸原理の内容を、さしあたっては法的な枠組みにおいて考えていると思われる。それは先に挙げたように、基本権などの根本規範ないし普遍主義的な憲法諸原則（Verfassungsgrundsätze）の呈示から確かめることができる。たしかに、こうした概念は抽象的で一般的であるがゆえに実定的な法秩序を超えうるものである³⁶。しかし、それでは、その根本規範自体はどのような意味で正統であるとみなすのであろうか。そこでハーバーマスは問題を、少なくとも法実証主義的な説明によって解消しえないとみなしているという点にかんしては、シュミットと問題意識を異としないわけではない。しかし、国家の政治的実存や決断主義を導入するシュミットとは違い、ハーバーマスは、むしろ、カント的倫理学（Ethik）や理

性法の伝統を引き合いに出す。その場合、法的諸原理にかんしては、「普遍化可能な関心を表現し、ゆえにすべての当事者から十分な考慮の上で同意を得られるような規範だけが正当化 (gerechtfertigen) 可能」³⁷であり、また、「基準となりうるものは、近代的立憲国家がその市民から自発的承認を受けるよう期待するとき根拠とできるような、全ての人に理解可能な道徳的な諸原理 (moralischen Prinzipien) だけである」³⁸とされる。

ここで注目しなければならないのは、諸原則として「法的なもの」と同時に「道徳的なもの」という異なる種類の根拠が挙げられているということである。しかし、なぜここでハーバーマスは道徳的な根拠をも持ち出す必要があるのだろうか。それは、この両者にはそれぞれに根拠として用いる上での難点にかかわっている。その難点とは、まず、法的諸原理 (ないし憲法諸原則) の規範は、たしかにポスト慣習的な規範として有効かつ正当に機能しう一方、人権や民主主義のように、現実にはある特定の法共同体の内部においてのみ妥当するという性質ゆえに、それ自体では高い普遍的妥当性要求に応答することができない。

他方、道徳的諸原則は、たしかにカントの定言命法と自律という観念によって基礎付けられつつ普遍主義的な妥当可能性をもちうる。しかし、それはあまりにも抽象的であるために、規範の妥当範囲や具体的な内容を確定することが困難なのである。しかしながら、ハーバーマスの論考の中では、この二つの原理がどのように区別されているのか、そして、お互いにどのような関係にあるのかということも、明確に示されているとはいえない³⁹。

こうした疑問点にたいする解答は、この市民的不服従についての論考から3年後に発表された「法と道徳」という講演⁴⁰の中にまずは見つけることができる。ハーバーマスが法と道徳の二つの原理を並立させようとする背景には、むしろ二つの原理が現実社会の中ですでに分化してしまっているという状況把握が前提にある。われわれは政治的に何が正しいことかを判断する場合に、道徳的な根拠とともに法的な根拠をも利用しているからである。そこで、「合法性による正統性はいかにして可能なのか？」という問題構成から、ウェーバーを引き合いにだしつつ、近代において合法性概念が正統性概念へと転化するという支配形態の議論が遡上にあげられる。

ハーバーマスによるウェーバーの理解によれば、「合法的な諸形式で行使される支配に正統性を与えるのは、法規範そのものに内在する合理性」であって、「法形式はその正統性の力を法と道徳の類縁関係から引き出すことはできない」⁴¹、という⁴²。

なぜなら、ウェーバーが言う意味での法の合理性が貫徹するためには、たとえば道徳や社会正義のような法以外の要素を取り除いて、もっぱら、形式的な法の論理のみによって基礎付けられなければならないからである。したがって、形式化された法概念の中に実質的な価値を見出そうとする「法の脱形式化」ないし「法と道徳の再融合 (Entdifferenzierung)」のような傾向は、ウェーバー的な観点からみれば、合理的な法システムの破壊に他ならない。しかし、それにたいしてハーバーマスは、ウェーバーの法社会学や戦後ドイツの論争を批判的に検討しながら、むしろ、法と道徳がもつ独特の連関を基礎付ける。つまり、法的合理性を毀損すること

なく、法と道德とを構成的な関係として捉えるのである。

ところで、ここで強調しておかなければならないのは、ハーバーマスのいう道德とは、なにかある特定の実質的価値を意味するのではなく、むしろ、カント的な意味で普遍主義的で形式化された道德に由来する概念である。このカント的な意味での道德とは、すべての人にとって受け入れ可能であるような基本原則を導き出す「手続き」なのである。その意味で、人びとの具体的な生活形式やコンテクストが負荷された慣習とかヘーゲル的な倫理とは区別する必要がある。それらを踏まえた上で、ハーバーマスは「理性法に由来する道德的諸原理は、現代では実定法の構成要素である」⁴³と主張する。だがそれはいかにして成り立つのか。

『事実性と妥当性』において、法と道德は、一種の補完関係として描き出される。それは、カントの法論とは異なり、道德が法を根拠付ける上位の規範であるといった、ヒエラルヒーとしては捉えられない。つまり、伝統的人倫から分化した法と道德は互いに異なっているが、相互に補完し合う二種類の行為規範として平行して進むのである⁴⁴。

この法と道德は、本書の中で「討議理論 (diskursive Theorie)」というハーバーマスの理論的枠組みにおいて「道德原理」と「民主主義原理」の二種類の原理に分けられる。討議原理とは、1980年代から90年代にかけて、『道德意識とコミュニケーションの行為』や『討議倫理』を通じて彫琢されてきた概念であり、規範をめぐる討論が不偏不党に行われるための議論の規則を表現している。討議原理の非常に複雑な理論構成に立ち入って論じることではできないのでここでは法と道德との関連に焦点を限定するが、さしあたり討議原理は次のように示すことができる。すなわち、関係するすべての人が討議の参加者として合意可能であるような規範のみが妥当である⁴⁵として、あらゆるジャンルの議論規則にかかわってくる理論的な枠組みのことである。一方、道德原理とは、討議原理のサブジャンルに位置付けられてきた概念で、討議原理より強い条件を課している。つまり、議論の参加者が合意する規範が、その議論の地平を越えてなお妥当しうるかどうかどうかという、規範の普遍化可能性をテストする原理である。

しかし、『事実性と妥当性』では、この討議理論の枠組みは法理論との結びつきによって変更が加えられている。その変更こそが民主主義原理の導入である。民主主義原理は、討議原理の一般的規則のうち、もっぱら法的な領域にかかわっていることを表している。民主主義原理の特筆すべき点は、その内部で道德的討議が行われるということである。ハーバーマスはそれまで法的原理と道德原理とをあまり明確には区別してこなかったが、ここにおいて両者は異なる役割として、構成的な位置づけを与えられることになる。

まず、討議原理の特殊ケースの一つとしての民主主義原理は、その法的原理の内部に複数の討議ジャンルおよび規則を含む。すなわち、法的な手続き的合理性にかかわる「法的討議」、功利主義的な目的合理性にかかわる「プラグマティックな討議」、共同体にとっての価値や生活形式がテーマ化される「倫理的・政治的討議」、そして、すべての人びとにとって妥当する規範についての「道德的討議」等である。しかし、やはりここでもっとも重要なことは、法的な原理の中に道德的討議が組み込まれている、ということである。そのことによる利点はまず、

討義理論の枠組みが法的な形式をまとうことによって、具体的な行為の場面や意見・意志形成の制度化に関連付けられるということである。

そして、さらなる利点は、法的原理にたいする道徳的討議が与える効果に関係する。一方で民主主義原理は、一種の法的な原理としては、現に存在する法共同体内部における法の妥当 (Geltung) のみを基礎付けるにすぎない。しかし、他方、組み込まれた道徳的討議は、共同体の枠組みを乗り越えて、いまだ議論の空間に現れていない「非参加者のパースペクティヴ」を取得するという意味で、普遍主義的な妥当性 (Gültigkeit) を要求しうるのである。つまり、民主主義原理が道徳的討議を取り込むことの意味は、あくまでも特定の法的共同体の成員のみを規制する法的な妥当次元の中において、より普遍的な道徳的討議を媒介とした妥当性を要請することができるということなのである。

そこで、前述のように市民的不服従とは、合法性とは区別された正統性を、あるいは道徳的な資源を主張の根拠として用いるわけだが、言い換えればそれは、諸個人の多様な理由を持った確信から道徳的な妥当性の次元を呼び出し、それを「われわれ」という主語で語られる、法的な妥当へと媒介する行為に他ならないのである。

第4節 シュミットとハーバーマスの差異—決断主義対可謬主義

第一節で述べたように、ハーバーマスが市民的不服従に注目する理由は、それが民主的法治国家の正統化にとって不可欠の要素をなすからである。その背景には、法治国家は完成したものではなく、たえず正統化がなされ、修正、拡張が行われていくという想定がある。そして、「このプロジェクトが終了していない以上、憲法に基づく諸機関もまたそうした誤謬に陥る可能性を決して免れていないのである。」⁴⁶⁾

このように市民的不服従はハーバーマスにとって、法治国家の修正メカニズムの枢要な位置に置かれるが、その背後には、「誤謬を犯しがちな理性や墮落しかねない人間の本性」⁴⁷⁾という彼の人間にたいする想定がある。その性質は民主的法治国家という制度においても中和されるものではない。他方、後に『事実性と妥当性』の中で政治的公共圏は、不正を察知する一種の「警報システム」として記述されるが⁴⁸⁾、すでに83年の論考において、当然にも、とりわけ強力な正統化を要請される民主的法治国家およびその構成員 (憲法の名宛人である公務員) に「不信」という推定が置かれるのにたいして、「この可謬論 (Fallibilismus) に拮抗するものは唯一、成熟した政治文化の市民による制度化しえない不信感だけである」⁴⁹⁾。

シュミットの場合は法の正統性をもたらす「憲法の番人」をライヒ大統領のうちに見出したが、ハーバーマスはその位置を、潜在的には、可謬主義的に把握される法治国家にたいする、リベラルな政治文化とその市民にあると主張する。シュミットの決断主義においては、人民の政治参加、とりわけ政治的意志形成は、結局のところある特定の同一性原理に還元されている。その一方で、ハーバーマスにおいては、政治的な意見形成も重要な要素であり、そこでは市民の側の多様性や差異に開かれたものであることが前提となる。シュミットにおいて妥当な規範

とは、規範の内容が真理や正義にかなったものかどうかとは無関係に、主権者の決断によって始めて決定される。しかし、ハーバーマスの理論の中では、民主的法治国家においてであれ、あるいは、政治的公共圏においてであれ、すべての人々が一致可能な真理あるいは正義といった普遍的理念の到達は、いまだ果たされえぬ未完のプロジェクトなのである。そのような意味で、ハーバーマスの市民的不服従論は、決然とした「決定」とは異なり、政治的な決定にたいして異論の余地を提出する、「批判」の原理によって貫かれているのではないだろうか。

[注]

- 1 Jürgen Habermas, Die Neue Unübersichtlichkeit, Suhrkamp Verlag, 1985, S. 81. (河上倫逸監訳、上村隆広・吉田純・城達也訳、『新たなる不透明性』、松籟社、1995年、111ページ) なお、翻訳があるものについては翻訳も参照したが、必要に応じて訳を変更した部分がある。
- 2 John Rawls, A Theory of Justice: Revised Edition, Belknap Press, 1999, p. 319. (邦訳、川本隆史・福岡聡・神島裕子訳、紀伊國屋書店、2010年、478ページ)
- 3 ロールズの場合には、正当化の条件は、まず正義の二原理（平等原理と格差原理）から導かれるが、ハーバーマスはこの条件付けを採用しない。なぜなら、正義の二原理を導出する原初状態（original position）の概念装置では道徳的な観点が抜け落ちる等の難点があるからである。Jürgen Habermas, Politischer Liberalismus – Eine Auseinandersetzung mit John Rawls, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie, Suhrkamp Verlag, 1996, S. 65–127 (邦訳、高野昌行訳、『他者の受容 — 多文化社会の政治理論に関する研究』、法政大学出版局、2004年、62–126ページ)、を参照。この点にかんする研究としては、舟場保之「ハーバーマスとロールズ — その論争は不発だったのか」、永井彰・日暮雅夫編著、『批判的社会理論の現在』、晃洋書房、2003年、111–52ページ、を参照。
- 4 Ebd., S. 83–4. (邦訳、114ページ)
- 5 代表的なものとしては D. ソローの奴隷制拒否が挙げられる。
- 6 市民的不服従の条件が不法国家（ロールズ）にまで適用可能かどうかは疑問の余地があるかもしれない。つまり、憲法秩序自体の市民による承認可能性に瑕疵があったり、そもそも憲法秩序からはじめから排除されている市民である場合に、かれらにとって市民的不服従をとるという選択肢はありうるのだろうか。しかしこれはまた別考を要する問題である。たとえば、Frantz Fanon, Les Damnés de la Terre, La Decouverte Editions, 2002. (鈴木道彦・浦野衣子訳、『地に呪われたる者』、みすず書房、1996年)、を参照。
- 7 Ebd., S. 84. (邦訳、115ページ)
- 8 Ebd., S. 79. (邦訳、107ページ)
- 9 Ebd., S. 103. (邦訳、139–40ページ)
- 10 Ebd., S. 105. (邦訳、143ページ) たとえば、1970年に結成された、赤軍派（RAF）は、西ドイツにおいて銀行や出版社、米軍施設の襲撃などを繰り返した。岡田健一郎「戦後ドイツ公法学における『暴力独占』論について — 『国家による安全』を考えるために」、一橋法学、10(3)、2011、955–97ページ、を参照。
- 11 Ebd., S. 106. (邦訳、144ページ)
- 12 Ebd., S. 109. (邦訳、147ページ)
- 13 Ebd., S. 110. (邦訳、151ページ)
- 14 西永亮「ハーバーマスの市民的不服従論 — デモクラシーと法治国家の内的連関に関する一考察」、

- 193-233ページ、も参照。
- 15 Ebd., S. 85. (邦訳、116-7 ページ)
 - 16 Ebd., S. 85-6. (邦訳、117ページ)
 - 17 Ebd., S. 90. (邦訳、123ページ)
 - 18 この議論にかんする整理としては、前掲、岡田、972ページ、を参照。
 - 19 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Suhrkamp Verlag, 1992, S. 521. (河上倫逸・耳野健二訳、『事実性と妥当性—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』、未来社、2002年、333ページ)
 - 20 Carl Schmitt, Verfassungslehre, Duncker & Humblot, 1928, S. 11 (阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』、みすず書房、1974年、28ページ)
 - 21 Ebd., S. 204. (邦訳、239ページ)
 - 22 Ebd., S. 16-20. (邦訳、33-7 ページ)
 - 23 たとえば、H. L. A. ハートが『法の概念』の巻末注で行っている法実証主義の定式化によれば、論者によってどの特徴を認めるのかには違いがあるとしながらも、一般に法実証主義とは以下のような主張のことを指す。「(1)法は人の命令である、(2)法と道德の間、ある法とあるべき法の間には、必然的関連性はない。(3)法概念の意味の分析や研究は、歴史的探求、社会学的探求および道德、社会的目的、機能等に基づく批判的評価とは(敵対するものではまったくないが) 区別して遂行されるべき研究である、(4)法秩序とは、規定の法的ルールから論理的手段のみによって正しい結論が導かれる「閉じた論理的秩序」である、(5)道德的判断は、事実言明と同じように、合理的議論、証拠または証明によって基礎付けることはできない」。H. L. A. Hart, The Concept of Law: Third Edition, Oxford Univ Pr, 2012, p. 302. (長谷部恭男訳、『法の概念第3版』、筑摩書房、2014年、521ページ)、を参照。この中で本稿においてとくに重要な指摘は(2)と(4)である。
 - 24 田中浩、「訳者あとがき」、カール・シュミット、田中浩・原田武雄訳『合法性と正統性』、未来社、1983年、174ページ)
 - 25 Carl Schmitt, Legalität und Legitimität, Duncker & Humblot, 1932, S. 14. (邦訳、15-6 ページ)
 - 26 Ebd., S. 18. (邦訳、21ページ)
 - 27 Ebd., S. 18-9. (邦訳、22ページ)
 - 28 Ebd., S. 30. (邦訳、39ページ)
 - 29 シュミットにとって、国家権力の正当化の根拠は、人民投票による正統性と議会制による合法性の両原理の並列ないし競合において捉えられる。
 - 30 Ebd., S. 31. (邦訳、41ページ)
 - 31 Carl Schmitt, Politische Theologie, Duncker & Humblot, 1934, S. 43. (邦訳、28ページ)
 - 32 Ebd., S. 43. (邦訳、28ページ)
 - 33 他方で、むしろ、シュミットの政治理論が彼の宗教的な確信に基づく政治神学であるという解釈を論証した最近の研究としては、Heinrich Meier, Die Lehre Carl Schmitts: Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie, Vierte Auflage, 2012. (中道寿一・清水満訳、『政治神学が政治哲学か—カール・シュミットの通奏低音』、風行社、2015年)、を参照。
 - 34 憲法学の立場からこの点を批判した研究としては、芦部信喜『憲法制定権力』、東京大学出版会、1983年、を参照。
 - 35 シュミットは独裁の形式を「主権独裁」と「委任独裁」とに区別する。主権者が自らの決断において、あらゆる規範に先行してこれを制定するのが「主権独裁」である。他方、委任独裁における主権者は、例外状態といえども無規定に憲法制定権力を行使してよいわけではない。あくまでも憲法・国家秩序

の実質を擁護するために、一時的緊急措置としての民法を停止することができるにすぎない。1929年の『憲法の番人』においてシュミットはライヒ（共和国）大統領にこの委任独裁者の位置づけを与えている。

- 36 たとえば、ドイツ基本法（憲法）の第1条「人間の尊厳、基本権による国家権力の拘束」では、尊厳と人権の処分不可能性が認められている。
- 37 Habermas、1985、a. a. O., S. 86. (邦訳、117ページ)
- 38 Ebd., S. 87. (邦訳、119ページ)
- 39 上記の他にはわずかに次のような記述がみられるのみである。「われわれの法秩序は普遍主義的な内容をもつ基本的諸原則に支えられている。」Ebd., S. 111. (邦訳、152ページ)
- 40 1986年に開催されたタンナー講義であり、その内容は『事実性と妥当性』の「予備研究及び補論」に収められている。
- 41 Habermas、1992、a. a. O., S. 541. (邦訳、下巻、186ページ)
- 42 Ebd., S. 541. (邦訳、下巻、186ページ)
- 43 Ebd., S. 554. (邦訳、下巻、199ページ)
- 44 Ebd., S. 135. (邦訳、上巻、133ページ)
- 45 Ebd., S. 138. (邦訳、上巻、136ページ)
- 46 Habermas、1983、a. a. O., S. 88. (邦訳、120ページ)
- 47 Ebd., S. 86. (邦訳、118ページ)
- 48 Habermas、1992、a. a. O., S. 435. (邦訳、下巻、89ページ)
- 49 Habermas、1985、a. a. O., S. 113. (邦訳、154ページ)

（おおくぼ よしお 社会学研究科社会学専攻博士後期課程）

（指導教員：辰巳伸知教授）

2015年9月30日受理